

RICARDO MILBRATH PADOIM

**O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE APLICADO ÀS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS
DISCIPLINARES**

**CURITIBA
2006**

RICARDO MILBRATH PADOIM

**O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE APLICADO ÀS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS
DISCIPLINARES**

**Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná, como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito.**

Orientador: Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho.

**CURITIBA
2006**

TERMO DE APROVAÇÃO

RICARDO MILBRATH PADOIM

O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE APLICADO ÀS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DISCIPLINARES

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____
Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. SANÇÃO JURÍDICA E ILÍCITO	4
1.1 Noções Gerais	4
1.2 Sanção Administrativa	7
1.2.1. <i>Sanção Administrativa Disciplinar (ou Funcional)</i>	<i>8</i>
1.3. Ilícito Penal e Ilícito Administrativo	9
2. O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	12
2.1. O Regime Jurídico Administrativo	12
2.1.1. <i>O “conceito” de Interesse Público</i>	<i>13</i>
2.1.2. <i>O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado</i>	<i>17</i>
2.1.3. <i>Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público</i>	<i>19</i>
2.2. Princípios Constitucionais da Administração Pública	20
2.2.1. <i>Princípio da Legalidade</i>	<i>20</i>
2.2.2. <i>Princípio da Impessoalidade</i>	<i>22</i>
2.2.3 <i>Princípio da Moralidade</i>	<i>23</i>
2.2.4. <i>Princípio da Publicidade</i>	<i>24</i>
2.2.5. <i>Princípio da Eficiência</i>	<i>24</i>
2.3. A Administração Pública e a função de punir as faltas disciplinares	25
2.3.1. <i>Principiologia do Direito Administrativo Disciplinar Substantivo</i>	<i>28</i>
3. A SANÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR E A TIPICIDADE	32
3.1. Acepções do vocábulo tipo	32
3.2. “Tipo” e <i>Tatbestand</i>	33
3.3. O tipo penal	33
3.3.1. <i>Tipo e tipicidade</i>	<i>36</i>

3.4. A tipicidade formal e o Direito Administrativo Disciplinar	37
3.5. O princípio da tipicidade na jurisprudência	45
3.5.1. <i>A Apelação Cível nº 97.03.022032-0 (TRF da 3ª Região)</i>	<i>46</i>
3.5.2. <i>A Apelação Cível nº 96.04.64779-2 (TRF da 4ª Região)</i>	<i>47</i>
3.5.3. <i>O Recurso em Mandado de Segurança nº 16.264 – GO (STJ).....</i>	<i>48</i>
CONCLUSÕES	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

A matéria relativa à aplicação das sanções disciplinares ainda se encontra envolta de uma série de vícios que criam embaraços ao bom desempenho da Administração Pública. Isso sem falar na possibilidade de que interesses alheios ao correto funcionamento da atividade administrativa influam na condução do processo, tanto no plano material quanto no plano formal. Atecnicismo, informalidade, falta de preparo dos servidores, são apenas alguns dos sintomas de um quadro geral que se revela muitas vezes caótico, inadequado tanto para a Administração quanto para o sujeito acusado.

Passadas quase duas décadas da promulgação da Constituição vigente ainda resta um longo caminho a trilhar para que se efetive a série de direitos conferidos aos acusados em processos administrativos. Muitos setores, doutrinários, jurisprudenciais e administrativos, ainda não efetivaram a devida “filtragem constitucional” e continuam a relegar os direitos e garantias constitucionalmente assegurados a um segundo plano.

Felizmente, cada vez mais se adquire a consciência de que é necessário dizer o óbvio: os princípios limitadores da atividade punitiva estatal aplicam-se também às sanções administrativas disciplinares, ainda que estas sejam decorrentes de um vínculo de especial sujeição.

Neste trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, procurar-se-á demonstrar como vem sendo trabalhada a utilização de um dos princípios mais importantes para o Direito Penal – o princípio da tipicidade – na seara do Direito Administrativo Disciplinar.

Para tanto, no primeiro capítulo, será trabalhada a idéia de sanção jurídica e ilícito, partindo-se do pressuposto de que as sanções e ilícitos, por se tratarem de categorias da teoria geral do direito, merecem um tratamento sujeito à aplicação de

princípios gerais semelhantes, porém moldados de acordo com o regime jurídico aplicável a cada tipo de ilícito e sanção.

O ponto de partida será a análise da sanção enquanto categoria da teoria geral do direito, para, a partir daí proceder ao estudo da sanção administrativa e da sanção administrativa disciplinar. Por fim, serão observadas as relações entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.

No segundo capítulo dar-se-á o estudo do Regime Jurídico Administrativo Disciplinar, iniciando-se pela busca de uma configuração, ainda que sumária, do Regime Jurídico Administrativo e dos princípios que lhe servem de base: supremacia e indisponibilidade do interesse público. Não sem antes buscar aportes para delimitar no que consistiria tal “interesse público”. A seguir, serão objeto de análise os princípios orientadores da Administração Pública elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição da República.

Após direcionar-se-á o estudo a análise da função administrativa de reprimir as faltas perpetradas pelos servidores, para por fim fazer uma aferição, ainda que perfunctória, dos princípios que orientam o Direito Administrativo Disciplinar.

Ao terceiro e último capítulo foi reservada a tarefa de estudar a possibilidade de aplicação do princípio da tipicidade às sanções disciplinares. De início serão mencionadas as acepções do vocábulo “tipo” e seu uso pelas ciências em geral e pelo direito penal. Após, o estudo será direcionado ao tipo penal, que servirá de paradigma para um possível “tipo administrativo”, serão estudados alguns aspectos relacionados à evolução e importância da figura em questão como responsável pela manutenção da segurança jurídica.

Depois, será estudado o tratamento dado à tipicidade pelo direito administrativo, iniciando-se pelo posicionamento daqueles que pregam a atipicidade, ou a desnecessidade de adequação típica das faltas funcionais buscando-se, logo após,

explicitar posições favoráveis à aplicação do princípio, que é, em última análise, um garantidor da segurança jurídica.

Por fim, serão expostos alguns pronunciamentos judiciais que tratam do tema em questão. A finalidade da citação de tais documentos não é demonstrar a orientação prevalente ou o acerto das teses esposadas, mas tão somente trazer possibilidades de aplicação prática de algumas das questões levantadas ao longo da monografia.

Conforme já dito, não é objetivo do trabalho esgotar o tema, mas sim, simplesmente trazer uma contribuição, ainda que singela ao estudo de um tema tão árido, mas que precisa de uma urgente adequação aos ditames constitucionais.

1. SANÇÃO JURÍDICA E ILÍCITO

1.1 Noções Gerais

O Direito pode ser compreendido como uma ordem normativa¹, ou seja, um complexo de normas que regulam as condutas de forma tal que se possa adequá-las àqueles valores apontados como os mais relevantes em determinado contexto social. Nesse sentido o operador do Direito apreende o direito como um processo de imputação de normas a situações sociais atuais ou potencialmente conflitivas².

Não se pode dizer, evidentemente, que o direito é o único sistema normativo existente, coexistem no meio social inúmeros outros sistemas de normas: as normas religiosas, as normas de cortesia, normas morais, etc.

O que caracteriza a norma como jurídica é, justamente, o fato de ela estar inserida em determinado ordenamento jurídico. Não há, nesse sentido, diferença ontológica entre as normas jurídicas e as não-jurídicas. A norma é reputada jurídica porque integra determinado ordenamento jurídico. Tal integração decorre do processo de produção da norma, ou seja, será jurídica a norma produzida conforme o processo indicado no próprio ordenamento, ou seja, o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa.

¹ Não é objetivo deste trabalho discutir se o Direito pode ser entendido (somente) enquanto conjunto de normas, questão intrincada, que não pode ser enfrentada em poucas linhas, conforme bem salientado por TERCIO SAMPAIO FERRAZ Jr. : “A questão sobre o que seja a norma jurídica e se o direito pode ser concebido como um conjunto de normas não é dogmática, mas zetética. É uma questão aberta, típica da filosofia jurídica, que nos levaria a indagações infinitas, sobre pressupostos e pressupostos dos pressupostos. Sendo uma questão zetética, ela não se fecha. As teorias filosóficas fornecem explicações sobre ela, mas o tema continua renovadamente em aberto: a norma é um comando ou um simples diretivo? Uma regra de organização? A sanção faz parte de sua constituição ou trata-se de elemento aleatório que apenas aparece se a norma é violada?” (**Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 100)

² FERRAZ Jr, T.S. **Obra Citada**. p. 93.

Tal característica permite distinguir duas categorias de normas: as normas de competência (ou de estrutura), que regulam a produção de normas jurídicas e as normas de conduta (ou coercitivas) que disciplinam os comportamentos que as pessoas devem ou não adotar³. Para o presente trabalho, importam as normas da segunda categoria.

A conformação das normas de conduta pode, por sua vez, ser dividida em norma primária, que prescreve uma conduta àqueles que se encaixam na situação fática descrita, e em norma secundária que impõe a consequência pelo descumprimento da conduta, tal consequência é a sanção. “A sanção, portanto, é a consequência, prevista na norma secundária, da inobservância da conduta prescrita na norma primária. Ou simplesmente: é a consequência atribuída pelo ordenamento jurídico ao descumprimento de um dever jurídico. Ou ainda, a sanção é a consequência de um ilícito”⁴.

Há, assim, uma íntima relação entre o dever jurídico, o ilícito e a sanção. O descumprimento do dever jurídico gera o ilícito, que, por seu turno pode acarretar uma sanção. Somente poderá haver sanção se estivermos diante de um ilícito.

A sanção não é uma característica exclusiva do ordenamento jurídico, diversos outros sistemas normativos possuem sanções: a sanção “é todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma dada regra”⁵. O sentimento de culpa é a sanção para o descumprimento de uma norma moral, a penitência é a sanção para o pecado no ordenamento religioso, a pecha de grosseiro ou mal-educado poder consistir na sanção para o descumprimento de normas de etiqueta, só para ficar em alguns exemplos. Pode ocorrer também de as sanções previstas em diferentes ordens

³ FERRAZ Jr. T. S. **Obra Citada**, p. 125.

⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. **Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade**, in Lúcia Valle Figueiredo (Coord.) *Devido Processo Legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.147.

⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 72.

normativas se interpenetrarem, é o caso, por exemplo, da execração popular (tipo de sanção social) que pode recair sobre alguém que é condenado (sanção jurídica) por determinado crime, desaprovação esta que tende a continuar inclusive depois de cumprida a pena.

De acordo com NORBERTO BOBBIO⁶, o que distingue a sanção jurídica das demais é o fato de que esta é externa e institucionalizada. Externa, pois aplicada pelo grupo, não se limitando à consciência do indivíduo, e institucionalizada uma vez que disciplinada por normas jurídicas estipuladas anteriormente. A institucionalização das sanções permite que o direito discipline quem pode impô-la, quando e como se pode usá-la. Inclusive admitindo-se o uso da força, um dos instrumentos de execução das sanções, por meio da imposição coativa. Segundo MIGUEL REALE:

O Direito, como já dissemos várias vezes, é de tal natureza que implica uma organização do poder, a fim de que sejam cumpridos os seus preceitos. Como as normas jurídicas visam a preservar o que há de essencial na convivência humana, elas não podem ficar à mercê da simples boa vontade, da adesão espontânea dos obrigados. É necessário prever-se a possibilidade do seu cumprimento obrigatório. Quando a força se organiza em defesa do cumprimento do Direito mesmo é que nós temos a segunda acepção da palavra coação. Coação, portanto, significa duas coisas: (...); em sua segunda acepção, não é o contraposto do Direito, mas é, ao contrário, o próprio Direito enquanto se arma da força para garantir o seu cumprimento. A astúcia do Direito consiste em valer-se do veneno da força para impedir que ela triunfe...⁷

Sanção jurídica pode ser definida, portanto, como “a consequência atribuída pelo ordenamento jurídico ao descumprimento de um dever jurídico, que deve ser imposta ainda que através da força”.⁸

⁶ **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª ed. Brasília: UNB, 1995. p. 27.

⁷ REALE, M. **Obra Citada**, p. 71/72.

⁸ MELLO, R. M. **Obra Citada**. p. 148.

1.2 Sanção Administrativa

Como visto, a sanção é a consequência de um ilícito, como tal trata-se de uma categoria da teoria geral do direito, ou seja, o conceito de sanção jurídica poderá ser aproveitado pelos mais diversos ramos jurídicos. É, portanto, um conceito que se presta ao direito civil, ao direito penal, ao direito processual ao direito administrativo, etc. Não se pode falar em uma diferença ontológica entre a sanção penal e a sanção administrativa, por exemplo. As sanções devem seguir, por conseguinte, uma principiologia básica semelhante.

Entretanto, o fato de não haver diferença ontológica entre os diversos tipos de sanção não significa que elas não possam receber um tratamento diferenciado. A pedra de toque para diferenciar uma sanção de outra é justamente o regime jurídico a que determinada sanção estará vinculada. *“Decir que dos fenómenos son iguales en la realidad no significa necesariamente que hayan de tener el mismo régimen jurídico”*⁹. A diversidade de regimes jurídicos se liga aos diferentes escopos de cada ramo, aos diferentes interesses que eles pretendem tutelar.

Portanto, o que diferenciará a sanção administrativa das demais formas de sanção é justamente o regime jurídico administrativo, que incidirá sobre ela. Por isso, podemos definir a sanção administrativa como “a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo.”¹⁰.

⁹ Alejandro Nieto *apud* MELLO, R. M. **Obra Citada**, p. 149.

¹⁰ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 34.

Por ser aplicada no exercício da função administrativa, o seu regime jurídico se caracterizará sobretudo pelos princípios da legalidade estrita, da presunção de legitimidade, da indisponibilidade do interesse público, enfim, por todos os princípios que caracterizam o regime jurídico de direito administrativo.

De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO¹¹, o regime jurídico das sanções administrativas apresentará uma configuração similar às sanções de natureza penal. Isto se dá pelo fato de que, apesar de possuírem escopos diversos, sujeitando-se, portanto, a regimes jurídicos diferenciados, tais sanções representam o uso do poder coercitivo do Estado em seu grau mais elevado, devendo seguir uma principiologia básica semelhante.

A adoção dos princípios de Direito Penal como paradigma se justifica na medida em que o Direito Penal – ramo do direito punitivo por excelência – logrou alcançar um maior desenvolvimento científico do que as demais esferas punitivas.

1.2.1. Sanção Administrativa Disciplinar (ou Funcional)

A sanção administrativa funcional é aplicada em decorrência de um vínculo existente entre o particular (servidor público) e a Administração. De acordo com parte da doutrina esse vínculo constituiria uma relação de especial sujeição, que daria ensejo a uma subordinação mais aguda do particular frente ao Estado-Administração. As relações de especial sujeição atingiriam as pessoas que integram o “aparato administrativo” de forma duradoura e que tenham por objetivo a realização de um fim que interesse à Administração, de tal sorte que essas pessoas ficariam sob a direção imediata do Poder Público.¹² Devido a essas especificidades a submissão do particular

¹¹ **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 398 e ss.

¹² MELLO, R. M. **Obra Citada**. p.171.

nas relações de especial sujeição importaria numa redução de direitos, inclusive uma possível restrição de direitos fundamentais, pois a adoção, por exemplo, do princípio da legalidade estrita poderia engessar a atividade estatal. Um exemplo típico de relação de especial sujeição seria a que se forma entre o Estado e o servidor público.

A incrível margem dada ao arbítrio pelas relações de especial sujeição fez com que a moderna doutrina passasse a ver com desconfiança o conceito. A respeito da questão, assim se posiciona MARÇAL JUSTEN FILHO:

Rejeita-se a concepção da sujeição especial, porque incompatível com a Constituição brasileira. Cabe à lei ou ao contrato definir, de modo suficientemente preciso, a infração e a sanção correspondente. Isso não elimina a utilização de conceitos indeterminados nem significa o dever de estrita legalidade – tal como se passa, aliás, no direito penal¹³.

O mesmo autor oferece uma definição para sanção administrativa funcional: “Sanção administrativa funcional é uma punição consistente na restrição de direitos ou na ampliação de deveres, cominada em lei como decorrência da prática de conduta reprovável e imposta por meio de processo administrativo”.¹⁴

No segundo capítulo da presente monografia, ao se analisar o regime jurídico aplicável ao Direito Administrativo Disciplinar, será feito um estudo um pouco mais aprofundado da principiologia que envolve a sanção administrativa disciplinar.

1.3. Ilícito Penal e Ilícito Administrativo

De acordo com os ensinamentos de FRANCISCO AMARAL, a categoria geral do ato ilícito consubstancia-se em um “ato, não fato, consistente em um comportamento ativo ou omissivo que, com culpa - em sentido amplo - do agente, viola direito de

¹³ **Obra Citada**, p. 399.

¹⁴ *Idem*, p. 669.

outrem, causando-lhe prejuízo”¹⁵. Ou seja, o comportamento humano que se opuser a uma norma jurídica passará a ser considerado ilícito, tal oposição acabará por gerar uma relação de imputação que corresponderá à sanção correspondente. Conforme já mencionado há uma profunda relação entre o dever jurídico, o ilícito e a sanção.

Interessa-nos no momento analisar o ilícito sob o enfoque de dois ramos do direito: o direito penal e o direito administrativo. Há autores que sustentam uma diferença qualitativa entre o ilícito administrativo e o ilícito penal. Tal diferença residiria no fato de que os ilícitos administrativos somente seriam considerados ilícitos para permitir a melhor tutela dos interesses da própria administração, já os ilícitos penais suporiam a lesão de valores essenciais, afetando os fundamentos da ordem jurídica¹⁶.

Há outra corrente que vê como critério diferenciador um elemento formal: o regime jurídico aplicável. É o legislador quem vai determinar se uma conduta deverá ser considerada ilícito penal ou administrativo. NILO BATISTA, ao defender que o critério diferenciador do crime (ilícito penal) em relação às demais categorias de ilícitos é a aplicação da pena, advoga pela inexistência de uma diferença qualitativa entre as categorias de ilícitos:

Vemos, portanto, que o elemento que transforma o ilícito em crime é a decisão política – o ato legislativo – que o vincula a uma pena. Esse é o substrato das definições formais de crime, e ele nos revela que a pena não é simples “consequência jurídica” do crime, mas sim, antes disso, sua própria condição de existência jurídica. Se nos dermos conta de que, no momento da aplicação da norma penal, através de uma decisão judiciária – que também é um ato político – crime se põe como condição de existência jurídica da pena, compreenderemos a relação

¹⁵ **Direito Civil: Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pg. 548.

¹⁶ Cf. MELLO, R. M. **Obra Citada**, p. 152. No mesmo sentido vão os ensinamentos de GUIDO LANDI e GIUSEPPE POTENZA “*La potestà disciplinare ‘punitiva’ non va confusa con la giurisdizione penale. La responsabilità penale ha radice nella supremazia generale dello stato; è subordinata al principio nullum crimen sine lege (cioè, concerne soltanto i fatti considerati espressamente illeciti dalla legge penale); e può essere accertata, con la conseguente applicazione della pena, soltanto dal giudizio penale. Viceversa la responsabilità disciplinare ha radice nella supremazia speciale della pubblica amministrazione; sussiste per fatti che l’amministrazione stessa ritiene commessi in violazione dei doveri propri del soggetto, anche in difetto d’una norma che espressamente li preveda; ed è accertata e repressa discrezionalmente dagli organi della stessa amministrazione*”. **Manuale di Diritto Amministrativo**. 10ª ed. Milano: Giuffrè, 1997, p. 297.

dialética que continuamente associa e distingue esses conceitos opostos, que se fundamentam e se negam reciprocamente.¹⁷

LUIZ REGIS PRADO, no mesmo sentido, aduz que:

O delito e a infração administrativa têm um conteúdo material similar e idêntica estrutura lógica. Tanto as penas quanto as sanções administrativas encontram justificação na magnitude da lesão a um bem jurídico determinado e na sua necessidade de imposição, como expressão de um juízo desvalorativo ético-social. Entre crime e infração administrativa, portanto, existem apenas diferenças quantitativas. Incumbe ao legislador traçar os limites entre ilícito penal e ilícito administrativo...¹⁸

De fato, pode-se dizer que ilícito penal e ilícito administrativo constituem manifestações de um mesmo *ius puniendi*, diferenciados apenas pelo regime jurídico aplicável. No entanto, haverá muitas semelhanças entre os regimes jurídicos, o que justificaria falar-se em um regime jurídico punitivo, que englobaria princípios gerais aplicáveis às duas categorias de ilícitos¹⁹.

¹⁷ **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 44/45.

¹⁸ **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. I. 4ª ed. São Paulo: RT, 2004.p. 60.

¹⁹ Oportuna, nesse passo, a observação de DANIEL FERREIRA: “*existem princípios que não são específicos do direito penal, como muitos chegam a pensar, mas que atinam a toda e qualquer restrição de direitos num Estado Constitucional contemporâneo*”. (**Sanções Administrativas**. p. 61)

2. O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

2.1. O Regime Jurídico Administrativo

Para se ter uma melhor noção do regime jurídico aplicável às sanções administrativas é fundamental conhecer alguns aspectos do regime a que se submete o direito administrativo “geral”, uma vez que o regime específico das sanções disciplinares nada mais é do que uma decorrência do regime geral, adaptado às especificidades e funções daquela porção do direito administrativo.

O professor ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO aduz que “numa primeira aproximação, pode-se afirmar que o regime jurídico administrativo é o conjunto de princípios, de matriz constitucional, que determinam e orientam a compreensão de todo o direito administrativo”²⁰. A função do regime jurídico seria, nesse sentido, a de conjugar sistematicamente as normas atinentes a um determinado ramo jurídico de modo que se permita infundir-lhe unidade e coerência.

JEAN RIVERO, em obra clássica, assevera que se pode resumir o regime jurídico administrativo em duas palavras: prerrogativas e sujeições. “As normas de direito administrativo caracterizam-se em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõe à sua liberdade de acção sujeições mais estreitas do que aquelas a que estão submetidos os particulares”²¹.

A idéia de “prerrogativa” soa muito mais democrática que a noção de “poder”. A posição privilegiada de que goza a administração pública se justifica pela finalidade

²⁰ **Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2005.p. 36.

²¹ **Direito Administrativo**. trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra, Almedina, 1981, p. 42.

maior da administração pública: a busca do bem comum²². Caso o administrador utilize seu poder para além das balizas legais ou diversamente da finalidade pública, configurar-se-á o abuso de poder, sujeitando o infrator às penalidades cabíveis.

Já as sujeições condicionam o atuar administrativo a uma série de princípios (pense-se nas diversas implicações do princípio da legalidade, por exemplo), também justificados pelo objetivo maior a ser perseguido pela administração pública: o alcance do bem comum. É justamente desse equilíbrio entre a proteção dos direitos do particular face ao Estado e da obrigatória satisfação dos interesses coletivos que se extrai o dever da Administração de buscar o bem comum²³.

CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO coloca que as “pedras de toque” do regime jurídico administrativo se consubstanciam nos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e na indisponibilidade do interesse público por parte da Administração.²⁴

2.1.1. O “conceito” de Interesse Público

Antes de se adentrar na análise mais detalhada dos aspectos fundamentais do Regime Jurídico administrativo, é importante uma investida na ingrata tentativa de caracterizar o que seria o interesse público, uma vez que os dois pilares do Regime Administrativo aludem à supremacia e à indisponibilidade do interesse público.

As lições de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO indicam um norte na busca de uma melhor compreensão desse conceito tão fluido:

²² No direito positivo brasileiro este entendimento está positivado no art. 3º, inciso IV da Constituição Federal.

²³ BACELLAR, R. F. **Obra Citada**, p. 38 e ss.

²⁴ **Curso de Direito Administrativo**, 16ª ed. São Paulo: Malheiros, s/d. p. 47.

A existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e eqüitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e dos encargos sociais. As elevadas tarefas administrativas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário.

Bem por isso que, antes da Constituição Federal de 1988, percorreu-se longo caminho para a sedimentação da compreensão finalista da Administração Pública, como aparato constituído pelo Estado para satisfação do bem comum²⁵.

Na mesma direção, MARÇAL JUSTEN FILHO coloca os direitos fundamentais como o fundamento do Direito Administrativo, anterior inclusive à noção de interesses públicos. Segundo referido autor, a razão de um interesse ser reconhecido como público reside no fato de que tal interesse configura-se um direito fundamental, indisponível, portanto. Ou seja, o raciocínio correto a ser feito é o seguinte: o interesse é indisponível, por isso é qualificado como público; jamais o contrário: o interesse é público, por isso é indisponível.²⁶ Dessa forma, a observância dos direitos e garantias fundamentais transforma-se no fator de legitimação da atividade do Estado.

O interesse público, por conseguinte, será colhido dos direitos fundamentais. Isso conduz à observação que não há um único interesse público. No caso concreto será comum a colisão entre interesses. Em muitas situações estarão em conflito diversos interesses públicos, todos eles merecedores, a princípio, de tutela e da qualificação de interesses supremos e indisponíveis. Na feliz observação de MARÇAL JUSTEN FILHO:

Uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjunta das posições subjetivas contrapostas e a variação dos arranjos entre diferentes grupos. Nesse contexto, a utilização do conceito de interesses público tem de fazer-se com cautela, diante da pluralidade e contraditoriedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade.

²⁵ **Obra Citada**, p. 35. A idéia do bem comum como objetivo da administração pública encontra respaldo no art. 3º, inciso IV da Constituição Federal, que prevê a promoção do bem comum como um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

²⁶ JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**, p. 43 e ss.

Essa visão finalista da administração pública é importante, pois revela o absurdo de concepções já de certa forma arraigadas em nossa cultura jurídica e que culminam em afirmações do estilo “não há direito oponível ao interesse público”. A concepção de administração pública trazida pela Constituição de 1988 fulmina (ou, pelo menos deveria ter fulminado) de morte essa visão autoritária do direito administrativo, quando o pretense “interesse público” era fundamento para as mais diversas arbitrariedades.²⁷

Nesse sentido sói também construir uma conceituação negativa do interesse público, estabelecendo aquilo que o interesse público não é, aquilo que ele não representa.²⁸

Em primeiro lugar, o interesse público não pode ser confundido com o interesse do Estado. Essa confusão deriva de uma grave inversão de valores, típica dos Estados totalitários. O Estado que se pretenda democrático deve servir de instrumento de realização do interesse público, isso quer dizer que o interesse público é anterior ao próprio conceito de Estado. “Logo, o interesse é público não por ser de titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”.²⁹

Também não se pode confundir o interesse público com o interesse do aparato administrativo. Por exemplo, pode ser conveniente ao Estado, enquanto sujeito de direito, pagar aos seus servidores vencimentos em um patamar baixíssimo, garantindo-

²⁷ Nesse sentido pertinente a observação de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO: “A disciplina constitucional administrativa alberga novos arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de um ‘Direito Administrativo autoritário’, marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias integrantes do patrimônio do cidadão. Afeiçoado à legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores (como, por exemplo, o contido no princípio da confiança), o Administrador exerceu suas prerrogativas, por muito tempo de modo hegemônico e incontestável, acobertado pelo manto da incontestabilidade do interesse público”. (**Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 22)

²⁸ Cf. JUSTEN FILHO, M. **Obra Citada**, p. 37 e ss.

²⁹ Idem, p. 37.

lhes apenas a subsistência, ou ainda aumentar excessivamente os tributos visando maior benefício material aos cofres públicos. Tais interesses circunstanciais, similares aos interesses particulares, nada tem a ver com os interesses públicos propriamente ditos.³⁰

O interesse público, por fim, não pode ser confundido com o interesse do agente público, os interesses privados e egoísticos daquele que exerce função pública devem ser tratados como interesses privados, submetidos às regras comuns. Por exemplo, determinado administrador público pode ter interesse em que não sejam veiculadas notícias que dificultem sua manutenção em cargo eletivo, isso, no entanto, não se confunde em absoluto com o interesse público.

Deve-se também evitar a idéia de identificar o interesse público com o interesse da maioria da população, isso acarretaria a simples eliminação do interesse das minorias, levando a uma “ditadura da maioria”. A aferição do interesse público não pode se dar somente por critérios quantitativos. Conforme já explanado, não se pode aludir a “um” interesse público, o mais correto seria a referência a interesses públicos, no plural. Frequentemente esses interesses públicos (na verdade direitos fundamentais tutelados pelo Estado) irão colidir e a opção pura e simples, aritmética, pelo interesse da maioria da população poderá dar margem a grandes injustiças.

Por fim, o critério mais confiável para definição dos interesses a serem qualificados como interesses públicos é a busca dos direitos dos indivíduos, enquanto partícipes da sociedade, tutelados pela Constituição Federal, de cujo texto deve emanar as diretrizes a serem seguidas pelo poder público, tutelando aqueles valores que a Constituição elencou como direitos fundamentais. Dessa forma poderá se formar uma

³⁰ CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO faz distinção entre interesses públicos primários, e interesses públicos secundários, estes últimos poderiam ser identificados como os interesses do aparato administrativo, ainda segundo o insigne professor paulista, os interesses *secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses públicos primários. (Obra Citada, p. 57.)*

barreira contra os abusos de poder dos eventuais ocupantes do poder que confundam o interesse público com os seus interesses egoísticos.

2.1.2. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado

Delineados os contornos da noção de interesse público, passa-se agora ao exame dos dois pilares do Regime Jurídico Administrativo, começando pelo princípio da Supremacia do Interesse Público.

CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO afirma que o princípio em questão coloca a superioridade do interesse coletivo sobre o particular “como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”³¹. Já MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO³², aduz que o referido princípio, que também pode ser chamado de princípio da finalidade pública deve ser observado tanto no momento da elaboração da lei, quanto no momento de sua execução *in concreto* pela Administração. A noção de supremacia do interesse público, portanto, orienta o legislador e condiciona a atividade administrativa em toda a sua atuação.

Na esfera da Administração Pública observam-se duas conseqüências do princípio da supremacia do interesse público: a posição privilegiada dos órgãos encarregados de zelar e exprimir o interesse público nas relações frente aos particulares; e a posição de supremacia do órgão nestas mesmas situações.³³

A posição privilegiada se traduz nos benefícios que o ordenamento jurídico confere aos órgãos encarregados de proteger o interesse público para que possam executar fielmente a sua missão.³⁴ Já a posição de supremacia reflete a posição de

³¹ **Obra Citada**, p. 60.

³² **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003 p. 68.

³³ Cf BANDEIRA DE MELLO, ob. Cit. P. 60 e ss.

³⁴ Por exemplo, a presunção *iuris tantum* de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, os prazos dilatados concedidos à fazenda pública, etc.

autoridade, de comando, de que a Administração Pública goza frente aos particulares, representada metaforicamente pela idéia de verticalidade nas relações entre a Administração e o particular³⁵.

Observe-se, entretanto, que essas características que informam a atuação administrativa, não nos permitem supor que a administração pode gozar destas prerrogativas do mesmo modo que os particulares exercitam seus direitos. Os poderes da Administração são instrumentais, devem estar destinados ao alcance das finalidades públicas.

Quem exerce “função administrativa” está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito será exercido.^{36 37}

Portanto, as prerrogativas inerentes ao princípio da supremacia do interesse público somente poderão ser legitimamente utilizadas por parte da administração quando visarem ao atendimento do “interesse público”, e não às meras conveniências do aparato estatal, que conforme já visto, não se confundem com o interesse público.

³⁵ Expressa, e.g., na possibilidade da Administração constituir o particular em obrigações por meio de ato unilateral, bem como modificar, unilateralmente as relações já estabelecidas.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Obra Citada**, p. 62.

³⁷ MARÇAL JUSTEN FILHO possui uma visão crítica dos princípios em questão, salientando que eles podem dar margem a arbitrariedades que ofendem a democracia e os valores fundamentais. “No passado, o governante adotava fórmulas imprecisas (tal como o ‘poder de império’, o ‘poder discricionário’, o poder de polícia’ ou a natureza política do ato) para justificar suas decisões subjetivas, incompatíveis com a ordem jurídica. A evolução democrática eliminou essas práticas. Na atualidade, o exercente do poder político refugia-se no princípio da supremacia do interesse público para evitar o controle ou o desfazimento de atos defeituosos, violadores de garantias constitucionais” (**Curso de Direito Administrativo**, p. 36). Para referido autor, o remédio contra esses males está no condicionamento do atuar administrativo à satisfação dos direitos fundamentais constitucionalmente elencados: “A supremacia da Constituição não pode ser mero elemento do discurso político. Deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa. Isso equivale a rejeitar o enfoque tradicional que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio de soluções opacas e destituídas de transparência tais como ‘discricionariedade administrativa’, ‘conveniência e oportunidade’ e ‘interesse público’. Essas fórmulas não devem ser definitivamente suprimidas, mas sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática” (ob. cit., p. 14).

2.1.3. Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

O princípio da Indisponibilidade do Interesse Público deve atuar sempre em consonância com o princípio da Supremacia do Interesse Público, traduzindo o poder-dever³⁸ de sempre buscar a finalidade pública na atuação estatal. O objetivo primeiro do princípio em questão é garantir a tutela inafastável dos interesses públicos por parte da administração.³⁹

Conforme magistério de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

Uma vez determinados o interesse público e a competência orgânico-funcional atribuída à Administração Pública para satisfazê-lo, origina-se para ela um dever de atuar na sua prossecução. Vale dizer que, uma vez por lei cometida uma competência a entidade, órgão ou agente, não lhes cabe senão exercê-la: o interesse público específico torna-se indisponível para a Administração Pública, não importa de que natureza for: patrimonial, fazendário, moral, estético, etc.

Em decorrência, a Administração não pode desistir de agir para a satisfação dos interesses que lhe forem confiados, embora isso não a tolha de escolher, nos limites da própria lei, como, quando e de que modo fazê-lo.⁴⁰

Em suma, na atividade administrativa os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição do administrador. “Antes, para este, coloca-se a obrigação

³⁸ “Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constatar a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício dos seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.” (DI PIETRO. M. S. **Obra Citada**, p. 70.

³⁹ BACELLAR, R. F. **Direito Administrativo**, p. 40/41.

⁴⁰ **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2003. p. 88/89.

de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela”.⁴¹

2.2. Princípios Constitucionais da Administração Pública

Cumpra analisar, por fim, ainda que perfunctoriamente, os princípios constitucionais da administração pública. Note-se que tais princípios decorrem dos princípios-vetores, anteriormente analisados, conferindo um norte para a elaboração e aplicação do Direito Administrativo. Uma vez que esse ramo do direito é essencialmente pretoriano e não-codificado, os princípios possuem um papel relevante, de permitir à Administração Pública e ao Judiciário estabelecer o equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da administração⁴².

A Constituição de 1988, no art. 37 explicitou os princípios a que se submetem a administração direta e indireta de qualquer dos poderes de todos os entes federados: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.⁴³

2.2.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade para a administração pública reflete a submissão do Poder Público aos comandos legais, é uma decorrência do Estado Democrático de Direito. É “a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Obra Citada**, p. 65.

⁴² DI PIETRO, M. S. **Obra Citada**, p. 67.

⁴³ A Constituição traz em seu bojo, além dos princípios explícitos uma série de princípios implícitos, também decorrentes de um regime jurídico-administrativo democrático. No âmbito do presente trabalho, entretanto far-se-á menção somente aos princípios explícitos, constantes do art. 37, *caput*, que servem para demonstrar linha de pensamento que o legislador constituinte optou por seguir ao caracterizar o regime jurídico administrativo.

na conformidade da lei (...), a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”.⁴⁴

Diferentemente das relações entre particulares, onde, em regra, vige o princípio da autonomia da vontade, na esfera administrativa somente é permitido fazer o que a lei permite, trata-se da legalidade estrita, a lei é o “único e próprio fundamento da ação”.⁴⁵

Alguns segmentos da doutrina aludem ao princípio da legalidade não como vinculação à lei em sentido formal, mas sim como vinculação ao ordenamento jurídico. ODETE MEDAUAR, por exemplo, defende que a legalidade não engloba apenas a lei em sentido formal, mas também “os preceitos decorrentes de um estado democrático de direito, que é o modo de ser do estado brasileiro, conforme prevê o art. 1º caput da Constituição; e ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípio de base constitucional”.⁴⁶

Em que pese o entendimento de ROMEU FELIPE BACELLAR de que o art. 37 da Constituição Federal conduz à concepção restrita de legalidade, o autor salienta que a sujeição à legalidade não pode ser confundida com o legalismo, deve-se estar atento à disciplina jurídico constitucional da administração, uma vez que, o próprio texto constitucional trouxe em seu bojo os princípios a serem seguidos por todas as esferas da administração.

A legalidade não tem o condão de transformar o Administrador Público num aplicador cético e desmesurado do texto legal: legalidade não é sinônimo de legalismo (formalismo na aplicação da lei que a desliga da realidade social). O espírito da lei – o conteúdo – é pressuposto de sua

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Obra Citada**, p. 91.

⁴⁵ MOREIRA NETO, D. F. **Obra Citada**, p. 80.

⁴⁶ Apud BACELLAR, R. F. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 159. No mesmo sentido da autora citada, Bacellar menciona as posições de Lúcia Valle Figueiredo e Carmem Lúcia Antunes Rocha, em sentido contrário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Canotilho e Eisenmann. O próprio Bacellar aponta para a prevalência da acepção restrita da legalidade, salientando que referido princípio não esgota o fenômeno da regulação da atividade administrativa, funcionando apenas como um condicionamento inicial.

aplicação. O irrestrito cumprimento da norma não significa aplicação fria e descompromissada. Prevalece, na tarefa de realização do direito, a adrede convicção de que, antecedendo à norma, preexiste a finalidade pública.⁴⁷

2.2.2. *Princípio da Impessoalidade*

Conforme expôs MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o princípio da impessoalidade pode ser analisado sob diversas óticas, podendo-se avaliar a observância do princípio tanto em relação ao interesse dos administrados como à própria Administração.⁴⁸ Num primeiro aspecto pode estar relacionado à finalidade pública que deve ser sempre buscada pela Administração, ela não pode atuar objetivando beneficiar ou prejudicar determinadas pessoas, uma vez que sua atuação está condicionada à busca do bem comum.

Num segundo aspecto a impessoalidade está ligada à idéia de que os atos e provimentos administrativos devem ser imputados ao órgão ou entidade administrativa que o pratica e nunca ao agente.

Nesse passo, oportuna a lição de CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA:

O princípio da impessoalidade da Administração Pública traduz-se na ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador, que, em determinado momento, esteja no exercício da atividade administrativa, tornando-a assim, afeiçoada a seu modelo, pensamento ou vontade.

A impessoalidade revela o Estado não-César, contrário àquele que prevaleceu desde a antiguidade e que tinha na figura do governante o seu padrão normativo e político. A figura do Estado era uma e mesma coisa que o César, por isso sua face se espelhava em sua lei, em sua bandeira e até mesmo em sua moeda.⁴⁹

⁴⁷ BACELLAR, R. F. **Direito Administrativo**, p. 163-164.

⁴⁸ **Obra Citada**, p. 71.

⁴⁹ **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 149/150.

Vai nesse sentido a proibição constante do art. 37, § 1º da Constituição que proíbe a veiculação de nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal do agente público na publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas de órgãos públicos.

Pode-se ainda falar na aplicação do princípio nas hipóteses em que se reconhece a validade de atos praticados por agente irregularmente investido no cargo, sob a fundamentação de que tais atos são imputados ao órgão, não ao agente público.

2.2.3 Princípio da Moralidade

De início, há que se fazer distinção entre a moralidade comum e a moralidade administrativa. A primeira é imposta ao homem para sua conduta interna, a segunda é imposta ao agente público para a sua conduta externa, configurada num conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina interna da Administração.⁵⁰

O princípio da moralidade tem como conteúdo uma exigência de conduta ética por parte da Administração. Mais do que uma formal e aparente observância da lei, é imperativo que o administrador do Estado Democrático de Direito aja de acordo com um plexo de regras de conduta que, num dado sistema jurídico, são tidos como os *standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera.⁵¹

A elevação do princípio da moralidade ao patamar constitucional juridicizou a ética na atividade administrativa. “O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade”.⁵²

⁵⁰ BACELLAR, R. F. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 191 e ss.

⁵¹ MOREIRA, Gerfran Carneiro. **Os Princípios Constitucionais da Administração e sua Interpretação: reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito**. . in Lúcia Valle Figueiredo (Coord.) *Devido Processo Legal na Administração Pública*. P. 114.

⁵² MELLO, Marco Aurélio, apud. BACELLAR, R. F. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 193.

2.2.4. Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade está profundamente ligado à noção de controle da gestão pública.

Verifica-se que o intuito do aludido princípio é o de exigir maior transparência na atuação dos administradores, ensejando a moralidade administrativa, também constituída em princípio informador da disciplina. Por outro lado, incentiva-se a confiança dos administrados no Poder Público, contribuindo para que a relação seja fortalecida.⁵³

Evidente que a publicidade de certos atos poderá ser restringida, mormente quando estes envolverem questões de segurança pública ou a intimidade de um particular, não obstante não se possa opor a intimidade quando esta se confrontar com o interesse público.

2.2.5. Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência foi inserido entre os princípios constitucionais da Administração Pública pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. O princípio em questão pode ser avaliado tanto em relação ao modo de atuação do agente público, quanto em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública⁵⁴.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO alude à superação do conceito do poder-dever de administrar, empenhado somente na busca da eficácia, para estabelecer um dever de boa administração, voltado à eficiência da ação administrativa.

⁵³ BACELLAR, R. F. **Direito Administrativo**, p. 43.

⁵⁴ Cf. DI PIETRO, M. S. **Obra Citada**, p. 83.

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante praticar-se atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, o que atenderia apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais, que esses atos devam ser praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, que possibilitem lograr-se o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei.⁵⁵

A idéia de administração eficiente, contudo, não significa a defesa do estado mínimo, ou da simples transposição de práticas gerenciais tipicamente privadas para a esfera pública, como querem fazer parecer alguns agentes estatais⁵⁶. Ao princípio da eficiência deve, antes de qualquer coisa, dar-se uma interpretação conforme a Constituição, inclusive para evitar as tentativas, comuns no Brasil, de adequar a Constituição a planos de governo, ou de se fazer da reforma constitucional um pré-requisito de governabilidade, numa completa inversão do sistema constitucional⁵⁷.

2.3. A Administração Pública e a função de punir as faltas disciplinares

Após expostos, ainda que de maneira sumária, os preceitos basilares do Regime Jurídico Administrativo, cabe agora a análise da função administrativa de regular as relações internas da Administração. De acordo com MARCOS DE LIMA PORTA, a função administrativa disciplinar consiste no dever de agir imposto pela

⁵⁵ MOREIRA NETO, D. F. **Obra Citada**, p. 103.

⁵⁶ Acerca das relações do princípio da eficiência com o Estado Interventor e da compatibilidade entre Estado Eficiente e Estado Social, oportuna a observação de EMERSON GABARDO: “A compatibilidade entre o chamado Estado Eficiente e o Estado Social é uma decorrência necessária do constitucionalismo social imposto pela Constituição Federal de 1988. Ademais, independentemente de qualquer exigência político-normativa, o princípio da eficiência é inerente à própria estrutura do Estado Interventor, devido à sua perene necessidade de legitimação. Dessa forma, torna-se premente o advento de uma nova mentalidade, de cunho contra-hegemônico, que desmitifique os preconceitos e falsas percepções da contemporaneidade, como por exemplo, as que contrapõe eficiência e segurança jurídica”. (**Eficiência e Legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p. 195)

⁵⁷ BACELLAR, R. F. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 216 e ss.

ordem jurídica ao agente público competente para restabelecer a disciplina interna (da Administração) violada em razão da prática de uma infração administrativa por parte de um servidor público. Tal atividade está a serviço do Direito Administrativo Disciplinar.⁵⁸

Imperioso salientar que o termo Direito Administrativo Disciplinar refere-se ao âmbito interno⁵⁹ da Administração Pública, visto que as relações jurídicas que se encontram no âmbito externo da Administração são tratadas por outros sub-ramos do direito Administrativo, por exemplo, o Direito Administrativo Sancionatório⁶⁰. Entende-se, pois, o Direito Administrativo Disciplinar como o direito sancionatório interno. Há que se aludir ainda aos dois sentidos da abrangência do termo: em sentido amplo, referindo-se a todos os agentes públicos; e em sentido estrito, abrangendo a disciplina somente dos servidores públicos⁶¹.

Pode-se adotar, diante do exposto, como definição de Direito Administrativo Disciplinar “aquela (definição) que o inscreve como o ramo do Direito Administrativo destinado a apurar, decidir e regular, por todos os aspectos pertinentes, as relações que o Estado mantém com seus servidores, visando ao respeito das leis e das normas que regulam as atividades funcionais”⁶². Por ser um ramo do Direito Administrativo, aplica-se ao Direito Administrativo Disciplinar toda a principiologia que determina o

⁵⁸ **O Direito Administrativo Disciplinar na Polícia Civil do Estado de São Paulo**, in RDA n° 227. p. 73.

⁵⁹ Conforme EGBERTO MAIA LUZ, “as relações administrativas podem ser de duas naturezas, ou melhor dizendo de duas ordens: a que poderíamos denominar exógena ou endógena ou, mais simplesmente, externa ou interna. As primeiras são as adotadas entre o Estado e terceiros, isto é, aqueles que vêm postular na administração pública ou aqueles que são por elas procurados na satisfação uni ou bilateral de interesses legítimos. As outras, as de natureza interna são as mantidas entre o Estado e o seu servidor, este, considerado na sua mais ampla expressão, isto é, como se diz em todas as categorias ou funções, e os militares em todos os postos da hierarquia”. **Direito Administrativo Disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1994. p. 63.

⁶⁰ PORTA, M. L. **Obra Citada**, p. 71. O autor, baseado no trabalho de SUDFELD aponta as seguintes características para o Direito Administrativo Sancionador: a) é um exercício de função administrativa; b) voltado à organização da vida privada; dentro de relação genérica; com a utilização do poder de autoridade.

⁶¹ BACELLAR, R. F. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 34.

⁶² LUZ, E. M. **Obra Citada**, p. 64. Salientado que tal definição reflete uma concepção restrita do Direito Administrativo Disciplinar, aplicável aos servidores, uma vez que em sentido amplo, conforme visto, ele abrange os agentes públicos em geral (agentes políticos, honoríficos e delegados, por exemplo)

Regime Jurídico Administrativo, evidentemente, à luz das funções específicas exercidas por este sub-ramo.

O pressuposto deste sub-ramo está na competência constitucional atribuída à Administração Pública de impor modelos de conduta e cominar sanções a seus agentes em caso de violações funcionais.⁶³

Para alcançar seus objetivos satisfatoriamente, o Direito Administrativo Disciplinar deve se valer de uma disciplina resultante das regras jurídico-administrativas que descrevam as condutas e imponham as sanções. A partir do momento em que houver lesão a esse ordenamento, surgirá para a Administração Pública o dever de restabelecer a ordem jurídica violada, a repressão ao infrator será representada pela imposição de uma sanção administrativa. Em outras palavras, a partir da infração ao disposto na norma, nascerá para a Administração o *ius puniendi*, em relação ao servidor (ou agente, se adotado o sentido amplo) faltoso⁶⁴. Segundo ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO: “O Estado, por meio da Administração Pública, tem o poder-dever de apurar as irregularidades relacionadas com o exercício de suas atividades. A apuração compreende a apreciação do ilícito, a fixação dos limites da responsabilidade e, se for o caso, a imposição e execução da sanção”.⁶⁵

Evidentemente, o exercício do *ius puniendi* não é ilimitado, ele está condicionado especialmente ao cumprimento das finalidades constitucionalmente atribuídas à Administração, e que decorrem do Regime Jurídico Administrativo. Nesse sentido a lição de EGBERTO MAIA LUZ:

No tocante ao exercício do *jus puniendi*, que é intrinsecamente elemento fundamental do Direito Administrativo Disciplinar, deve-se constatar que o seu exercício não é ilimitado e que

⁶³ BACELLAR, R. F. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 32.

⁶⁴ PORTA, M. L. **Obra Citada**, p. 72.

⁶⁵ BACELLAR, R. F. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 36.

quando extravasa da previsão legal e da admissibilidade moral, fica perfeitamente configurada a arbitrariedade, a violência ou o abuso de poder.⁶⁶

Há por fim que se ter em conta as duas funções do Direito Administrativo Disciplinar: de um lado a previsão dos ilícitos e suas respectivas sanções e de outro as condições, limites e formalidades ligadas à averiguação de tais práticas por parte da administração⁶⁷. Nesta monta pode-se aludir a um Direito Administrativo Disciplinar Substantivo ou material e a um Direito Administrativo Disciplinar Adjetivo ou Processual⁶⁸.

2.3.1. *Principiologia do Direito Administrativo Disciplinar Substantivo*

Conforme já exposto, o Regime Jurídico a ser seguido pelo Direito Administrativo Disciplinar guarda profunda semelhança com aquele atribuído ao Direito Penal. Isso se deve ao fato de ambos representarem manifestações do *ius puniendi* estatal, sendo natural, portanto, que haja uma coincidência no regime jurídico aplicável. Conforme salientado por RAFAEL MUNHOZ DE MELLO:

Não é razoável que o Estado, ao aplicar uma sanção penal, seja obrigado a respeitar uma série de garantias individuais, que foram conquistadas ao longo dos últimos dois séculos, e fique liberado de observá-las no momento de aplicar sanção administrativa. Até porque, atualmente, há sanções administrativas que são muito mais graves do que sanções penais⁶⁹.

⁶⁶ LUZ, E. M. **Obra Citada**, p. 70.

⁶⁷ Cf. BACELLAR, R. F. **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 35 e ss.

⁶⁸ Para o presente trabalho assume especial interesse o aspecto substantivo do Direito Administrativo Disciplinar.

⁶⁹ **Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade**. p. 155. No mesmo sentido MARÇAL JUSTEN FILHO: "As sanções administrativas apresentam configuração similar às de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante. Os princípios fundamentais de direito penal vêm sendo aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo". (**Curso de Direito Administrativo**, p. 398)

Autores como NELSON HUNGRIA, MAGALHÃES NORONHA, HELENO FRAGOSO e JIMÉNEZ DE ASÚA aludem a um “Direito Penal (ou Processual Pena) Administrativo” ou um “Direito Penal Disciplinar”⁷⁰. De acordo com LÉO DA SILVA ALVES:

O processo penal comum está relacionado aos crimes e contravenções. O processo penal administrativo, por seu turno, diz respeito às faltas disciplinares praticadas por funcionários ou empregados vinculados ao Poder Público. Muda a competência para processar e julgar; não muda, entretanto, a essência penal que se situa em ambos os casos.⁷¹

Ainda que se possa questionar a terminologia adotada por esses autores, é pertinente a atribuição de caráter penal (no sentido de sancionador, punitivo) ao direito disciplinar.

Isso não significa, por outro lado, simplesmente transportar os princípios de direito penal para o âmbito do Direito Disciplinar sem a devida “filtragem” pelos princípios caracterizadores do Regime Jurídico Administrativo. Há que se ter em mente que ambas as formas de repressão, ainda que emanem de um mesmo *ius puniendi*, possuem escopos diversos. Oportunas, nesse passo, as lições de MARCELLO CAETANO:

Como acabamos de ver o fundamento da repressão disciplinar está na necessidade de assegurar a coesão e a prossecução dos interesses de certo grupo social, seja comunidade, associação ou resultante da organização de um departamento administrativo. A razão por que tem de se reprimir a infracção encontra-se no interesse peculiar do grupo; e o fundamento da sujeição ao poder punitivo disciplinar está no laço particular que liga ao grupo o indivíduo que faltou a algum dos deveres que a sua especial condição lhe impunha.

Pelo contrário, a repressão criminal funda-se na necessidade de proteger e defender certos interesses reputados essenciais à vida humana numa sociedade politicamente organizada e o

⁷⁰ Cf. ALVES, Léo da Silva. **Questões Relevantes da Sindicância e do Processo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 16 e ss.

⁷¹ idem. P. 16/17.

indivíduo está sujeito ao poder punitivo pelo simples facto de se achar submetido à soberania do Estado de cujos órgãos dimanam as leis violadas⁷².

Como bem ressaltado por ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO⁷³, há que se atentar para a autonomia do Direito Administrativo Disciplinar face ao Direito Penal. Tanto é assim que a própria Constituição Federal traça as balizas para um direito administrativo sancionatório⁷⁴, o que evidencia a existência de fundamentos diversos do Direito Penal. Como exemplo o autor cita o parágrafo único do artigo 52 da Constituição que pune o crime de responsabilidade com a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública, independentemente das demais sanções cabíveis.

Mais adequado, portanto, aludir a princípios decorrentes do Estado Democrático de Direito no âmbito do *ius puniendi* estatal. “De fato, há que se reconhecer que não podemos falar em *ius puniendi* sem a observância ao direito constitucional limitador, disposto para todo o Direito, qualquer que seja o ramo a exercer a pretensão punitiva”.⁷⁵

Tais princípios lograram um maior desenvolvimento científico na dogmática penal, daí justificar o uso desta como paradigma. Princípios como o da legalidade, da proporcionalidade entre a infração e a penalidade, da culpabilidade, bem como algumas hipóteses de exclusão de ilicitude ou da culpabilidade – já sedimentados na dogmática penal - poderão ter aplicação também às sanções disciplinares⁷⁶.

⁷² CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Almedina: Coimbra, 1996. p. 307.

⁷³ **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 34.

⁷⁴ *Latu senso*, englobando o direito disciplinar e o direito sancionatório externo.

⁷⁵ NOGUEIRA NETO, João Baptista. **A Sanção Administrativa aplicada pela agências reguladoras: instrumento de prevenção da criminalidade econômica**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005. p. 132.

⁷⁶ No mesmo sentido posiciona-se MARÇAL JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 665 a 668; e FERNANA KELLNER DE OLIVEIRA PALERMO, em artigo publicado na RDA227/2001 p. 321 a 337.

PIETRO VIRGA coloca como elementos constitutivos do ilícito disciplinar a ação, a antijuridicidade e a culpabilidade⁷⁷. Segundo referido autor será ilícito o comportamento que viola uma lei, um regulamento ou uma ordem de serviço, isso porque são comuns no Direito Administrativo Disciplinar as normas “em branco”⁷⁸, o que não invalida a aplicação do princípio do *nullum crimen sine lege* uma vez que, ao menos os contornos gerais da infração deverão ser definidos em lei, podendo a regulamentação infralegal disciplinar casos específicos.

A aplicação de muitos desses princípios é intuitiva e segue preceitos de equidade. Por exemplo, seria um absurdo, lógico e jurídico, punir um servidor por um ato reflexo, destituído de vontade (hipótese de ausência de ação). Do mesmo modo não há que se punir o subordinado que cumpre uma ordem não manifestamente ilegal de um superior hierárquico (estaria excluída a culpabilidade).

As possibilidades de aplicação do princípio da tipicidade às sanções administrativas disciplinares serão objeto do próximo capítulo.

⁷⁷ **Diritto Amministrativo** v.l. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1989. p. 228/229.

⁷⁸ “Normas penais em branco são aquelas em que há uma necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário. Quer isto significar que, embora haja uma descrição da conduta proibida, essa descrição requer obrigatoriamente, um complemento extraído de um outro diploma – leis, decretos, regulamentos etc – para que possam, efetivamente, ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal, uma vez que, sem esses complemento, torna-se impossível a sua aplicação”. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 24. *Mutatis mutandis*, tal definição pode ser aplicada à norma em branco do direito disciplinar.

3. A SANÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR E A TIPICIDADE

3.1. Acepções do vocábulo tipo

O vocábulo “tipo” é utilizado em diversas ciências como sinônimo de padrão, de ordenação de dados concretos. De acordo com MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI⁷⁹ a etimologia da palavra remete ao latim *typus*, que, por sua vez deriva do grego τύπος e tinha o significado de forma, molde determinante de uma série de objetos que dele derivavam, a moeda, por exemplo, era cunhada a partir dos tipos. A palavra τύπος era também utilizada como sinônimo de exemplo, ou modelo, daí derivam, e.g., as palavras protótipo e arquétipo.

Com o passar do tempo, a palavra foi adquirindo o significado de “ordenação dos dados concretos existentes na realidade segundo critérios de semelhança⁸⁰”.

Tipificar tem o sentido amplo de abstrair as particularidades individuais, para colher o que é comum ou repetitivo. Tipo será, então, o que resultar desse processo de abstração generalizante, vale dizer, a forma média ou freqüente, ou aquela especialmente representativa, ou ainda, o padrão normativo ideal.

Como se sabe, o tipo nunca é o único ou o exclusivo, mas o que colhe as propriedades essenciais que se repetem de forma mais ou menos semelhante em diversos fenômenos.

Por isso, tipificar é tanto generalizar e abstrair como padronizar. Lembremo-nos de que, nessa última acepção, está o sentido originário da palavra como forma, molde para cunhagem e impressão, ou padrão, acepção que se liga, por sua vez, à idéia de repetição.⁸¹

Os tipos, portanto, no seu sentido clássico, são conceitos abertos, fluidos, abstrações generalizadoras, que procuram ordenar a realidade a partir de caracteres

⁷⁹ **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. São Paulo: RT, 1988. p. 21.

⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O Princípio da tipicidade no Direito Tributário**. In RDA nº 235/2004.

⁸¹ DERZI, M. A. M. **Obra Citada**, p. 47.

comuns, seriam tipos *strictu sensu* as formas de dominação (racional e carismática) de Max Weber.

3.2. “Tipo” e *Tatbestand*

A despeito da palavra “tipo” significar, na maioria das ciências, um conceito aberto, fluido, no direito, especialmente no direito penal e tributário, o vocábulo tipo passou a significar um conceito fechado. O tipo penal, por exemplo, configura um “conceito seguro, preciso, classificatório e reforçador da segurança jurídica”⁸².

De acordo com DERZI⁸³ tal confusão metodológica se deu graças ao emprego da palavra tipo como tradução livre da palavra alemã *tatbestand* que representa o conceito determinado e descritor da matéria penal, é nesse sentido, portanto, como um conceito fechado, que se deve entender o tipo em matéria penal.

3.3. O tipo penal

O tipo penal pode ser resumidamente definido como um modelo geral e abstrato da conduta proibida. Uma “descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica”⁸⁴. De acordo com EDUARDO CORREIA:

⁸² DERZI, M. A. M. **Obra Citada**, p. 43.

⁸³ Idem, p. 116 e ss.

⁸⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 127. No mesmo sentido vão os ensinamentos de ANÍBAL BRUNO: “Quando a consciência jurídica impõe ao Direito Penal, com o fim de segurança, a exigência de uma definição clara e precisa dos fatos em razão dos quais a sanção se aplicaria, o meio criado pelos juristas para resolver este problema capital foi o tipo, isto é, a descrição exata das circunstâncias elementares do fato punível.(...) Tipo é, portanto, o conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei penal, ou, para dizermos com Beling, a imagem reguladora (Leitbild), à qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime.

É preciso – e isto naturalmente ainda não é tudo – que os sistemas jurídico-criminais formulem de maneira tanto quanto possível exacta os seus juízos de valor. A valoração jurídico-criminal não pode ser deixada ao arbítrio do juiz, mas deve ser formulada de maneira tanto quanto possível precisa.

Ora bem: para dar realidade a este pensamento possui a técnica legislativa um engenhoso recurso, que consiste precisamente no *tipo legal de crime* (“Tatbestand”). Neles descreve o legislador aquelas expressões da vida humana que em seu critério encarnam a negação dos valores jurídico-criminais, que violam, portanto, os bens ou interesses jurídico-criminais.

Neles vasa a lei como em moldes os seus juízos valorativos, neles formula de maneira típica a antijuridicidade, a ilicitude criminal. Depois, uma vez formulados esses tipos legais de crimes, impõe-os ao juiz como quadros, a que este deve sempre subsumir os acontecimentos da vida para lhes poder atribuir a dignidade jurídico-criminal.⁸⁵

Segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, pode-se identificar na estrutura dos tipos incriminadores elementos relativos ao autor, elementos que dizem respeito à conduta e elementos relativos ao bem jurídico. “Com efeito, todos os tipos incriminadores devem, na sua revelação objectiva, precisar quem pode ser autor do respectivo tipo de crime, qual a conduta em que este se consubstancia; e, na medida do possível, dar indicação, explícita ou implícita, mas sempre clara do(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s)”.⁸⁶

A teoria do tipo logrou alcançar dignidade de construção científica no direito penal a partir de 1906, com BELING na obra *Lehre vom Verbrechen*.⁸⁷

O pensamento jurídico-penal anterior concebia um *Tatbestand* em sentido amplo, englobando o conjunto de todos os elementos constitutivos do conceito de

Tipicidade é essa conformidade do fato àquela imagem diretriz traçada na lei, a característica que apresenta o fato quando realiza concretamente o tipo legal”. (**Direito Penal**. Tomo 1º, Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 339/341)

⁸⁵ **Direito Criminal**. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Almedina: Coimbra, 1997. p. 275/276.

⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS. Jorge de. **Direito Penal Parte Geral – Tomo I**. Coimbra, Coimbra Editora, 2004. p. 278.

⁸⁷ MACHADO, Luiz Alberto. **Uma visão material do tipo**. p. 45. WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. p. 48. CORREIA, Eduardo. **Obra Citada**. p. 280. TOLEDO, Francisco de Assis. **Obra Citada**,. p. 127.

crime. Foi a partir do pensamento de BELING, portanto que o tipo (*Tatbestand*) foi isolado como um dos elementos do delito, correspondente à descrição legal da conduta punível⁸⁸.

BELING concebeu inicialmente o tipo como pura descrição objetiva, sem qualquer juízo de valor. A concepção meramente descritiva foi hoje abandonada pela quase totalidade da doutrina, mormente após o advento da teoria finalista da ação. No entanto, não se pode negar que a teoria do tipo penal foi estruturada a partir do pensamento de BELING, correspondendo, modernamente, à descrição da conduta proibida ao tipo objetivo, ou tipo legal⁸⁹.

O prof. LUIZ ALBERTO MACHADO atenta para que não se confunda tipo com reserva legal, pois segundo ele é possível satisfazer-se o princípio do *nullum crimen sine praevia lege*, substituindo-se a parte especial por um conceito puramente material de crime.

A construção nacional-socialista da existência do crime pela ofensa (contraste) ao são sentimento do povo alemão satisfazia, inequivocamente, ao princípio da legalidade. A definição – material – do crime antecedia à conduta. Mas, com ela, ofendia-se o instituto jurídico-penal do tipo. A providência primeira dos regimes totalitários, quando mantém o princípio da reserva legal, é inocular o tipo, ora criando conceitos materiais para aplicação analógica, ora tornando-o aberto com a inserção na sua estrutura, de elementos normativos – jurídicos ou extra-jurídicos -. É preciso se dizer que, historicamente, a reserva legal surgiu para impedir a aplicação analógica da lei aos casos pretéritos, jamais para vedar a criação analógica.⁹⁰

⁸⁸ De acordo com ANÍBAL BRUNO, antes de Beling “aparecia a figura do tipo, mas como um conceito amplo que abrangia o conjunto dos pressupostos da punibilidade, incluídos os elementos do injusto e do culpável, e com tal amplitude de conceito não se atingiam o sentido e a função própria da figura típica legal. Berling (sic) libertou o tipo dessa esdrúxula posição limitando-lhe o conceito e pondo a tipicidade na dianteira entre os elementos do fato punível”. (**Obra Citada**, p. 339, nota nº 1)

⁸⁹ TOLEDO, F. A. **Obra Citada**. p. 135.

⁹⁰ **Uma visão material do tipo**. p. 34. O mesmo entendimento foi esposado em conferência proferida pelo prof. ROLF KOERNER JUNIOR (**A responsabilidade administrativa do Médico: legalidade e tipicidade**). De acordo com HANS WELZEL: “Se o ordenamento jurídico quer sancionar com uma pena as condutas intoleráveis para a vida em comum, poderia fazê-lo mediante uma disposição geral: aquele que se comportar de um modo gravemente contrário às exigências da vida em comunidade será punido, segundo a medida de sua culpabilidade, com uma pena lícita. Poderia ser formulada também de um modo mais moderno: ‘Aquele que infringir cupavelmente os princípios fundamentais da ordem social democrática, ou socialista, ou comunista, será punido...’. Uma disposição penal como essa,

Note-se que a sistemática administrativa disciplinar adota, em geral, justamente esta forma de determinação geral, vaga, para formular as infrações disciplinares, circunstância que em nada favorece a atuação do administrador.

3.3.1. *Tipo e tipicidade*

Não se pode confundir o conceito de tipo com tipicidade. Tipicidade é a perfeita subsunção da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na norma.

Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real; de outro, o tipo legal de crime, constante da lei penal. A tipicidade formal consiste na correspondência que possa existir entre a primeira e a segunda. Sem essa correspondência não haverá tipicidade. Um fato da vida real será, portanto, típico na medida em que apresentar características essenciais coincidentes com as de algum tipo legal de crime. Será, ao contrário, atípico se não se ajustar a nenhum dos tipos legais existentes⁹¹.

Será, portanto, típico o fato que se adequar ao modelo abstrato previsto no tipo legal.

completamente geral, compreende, sem dúvida, toda conduta punível imaginável, mas precisamente pelo seu caráter geral não permite conhecer quais condutas estão proibidas. Nem o cidadão pode saber o que deve fazer ou omitir, nem o juiz a quem deve punir. Por isso, o ordenamento jurídico deve concretizar suas disposições penais, isto é, deve descrever objetivamente a conduta que proíbe: matar, furtar, cometer adultério, etc. Deve especificar a 'matéria' de suas proibições."(**O novo sistema jurídico-penal**. trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001. p. 47/48)

⁹¹ TOLEDO, Assis. *Princípios...* p. 125.

3.4. A tipicidade formal⁹² e o Direito Administrativo Disciplinar

Parte considerável da doutrina vê com reservas a aplicação do princípio da tipicidade ao direito administrativo disciplinar. O enquadramento e a conseqüente punição das faltas funcionais estariam sujeitos à discricionariedade administrativa, balizada pelos princípios reitores do Direito Administrativo.

É nesse sentido, por exemplo, a lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

Ao contrário do direito penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), no direito administrativo prevalece a atipicidade; são poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono de cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como “falta grave”, “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço”, “incontinência pública”, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as conseqüências para o serviço público.⁹³

A crítica que se faz a essa concepção reside principalmente na enorme margem dada à discricionariedade do administrador, que pode acabar conduzindo ao arbítrio. Tal atitude acabará por acarretar dificuldades ao bom andamento do aparato

⁹² Embora não se ignore o grau de evolução que o princípio da tipicidade logrou alcançar no direito penal com o desenvolvimento da noção de tipo subjetivo e com o advento da teoria da imputação objetiva do resultado, p.e., este trabalho ocupa-se da tipicidade formal, ou seja a adequação do fato à descrição legal. De modo que, quando falar-se em “tipicidade” estar-se-á referindo à tipicidade formal.

⁹³ **Direito Administrativo**, p. 515. No mesmo sentido, LEO DA SILVA ALVES pondera que “em que pese a relação estrita do processo penal com o processo disciplinar, não há que se falar em tipificação de faltas disciplinares. Isso porque o rol de condutas marginais no serviço público é de tal ordem amplo que nenhum exercício de criatividade esgotaria o campo de previsão. Os fatos seriam sempre mais ricos que a produção legislativa.” In **A atipicidade das faltas disciplinares. Como responsabilizar servidores cujas condutas não estão claramente previstas como faltas disciplinares**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n° 1140, 15 ago. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8789>>. Acesso em: 15 ago. 2006.

administrativo, justamente por causa da insegurança jurídica que, não raro, reveste os atos ditos “discricionários”.

Como “remédio” contra o arbítrio, os autores que advogam pela atipicidade das infrações administrativas invocam a aplicação dos princípios orientadores da Administração Pública para servirem de norte à atuação do responsável pela manutenção da disciplina interna.

Os servidores públicos, de acordo com os adeptos dessa concepção, estariam sujeitos a normas gerais de conduta, meramente exemplificativas, *numerus apertus*, o enquadramento das condutas seria efetuado no caso concreto, a partir do confronto com a principiologia que orienta o exercício da função pública.

DI PIETRO⁹⁴ e LEO DA SILVA ALVES⁹⁵ apontam para a motivação⁹⁶ do ato como principal instrumento de garantia ao imputado e de segurança para a administração. É a partir da exposição dos motivos que se determinará se foi correto o enquadramento da falta e a dosagem da punição.

EGBERTO MAIA LUZ⁹⁷ defende que no Direito Administrativo Disciplinar a punição pode ocorrer sem que a conduta esteja enumerada no elenco das proibições ou deveres, desde que ela esteja perfeitamente definida em face do interesse do

⁹⁴ **Obra Citada**, p. 515.

⁹⁵ **A atipicidade das faltas disciplinares**. Jus Navigandi n° 1140.

⁹⁶ BACELLAR salienta que “o princípio da motivação parte da premissa de que os atos administrativos sevem ser motivados, ou seja, justificados pela Administração Pública de maneira a indicar seus pressupostos fáticos e jurídicos” (**Direito Administrativo**, p. 46). De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO: “Na hipótese de discricionariedade, a atribuição pela norma de autonomia de escolha para o agente não significa ausência de controle ou limite. Para que a decisão seja válida, é indispensável que o agente exponha de público as razões que o conduziram a uma dentre as diversas escolhas possíveis, inclusive indicando a ponderação entre os possíveis resultados. Decisão discricionária não motivada é ato arbitrário, desconforme ao direito incompatível com a democracia republicana. Não pode ser legitimado com o argumento de que o agente tinha liberdade de escolher, porque essa liberdade não corresponde à autonomia privada. A autonomia do agente, existente na hipótese de discricionariedade, destina-se ao melhor desempenho possível da função administrativa” (**Curso de Direito Administrativo**, p. 258/259). Tal raciocínio, elaborado em relação aos atos administrativos em geral, pode ser aplicado à motivação da aplicação das sanções disciplinares, salientando que, relativamente a esse tema específico (ilícitos e sanções) JUSTEN FILHO defende a aplicação do princípio da tipicidade.

⁹⁷ **Direito Administrativo Disciplinar**, p. 157 a 166.

Estado e da moral administrativa. Isto é, a tipicidade (ou atipicidade) do fato não tem importância, o que deve ocorrer para legitimar a punição é um comprovado e bem caracterizado interesse administrativo.

A pedra de toque, para referido autor, é o pressuposto moral que fundamenta as normas de convivência social, sendo que, no que toca à administração pública esse fundamento é ainda mais notável.

Tal pressuposto moral consubstancia-se na disciplina. Quando esta se altera ocorre uma distorção no ordenamento que permitirá a persecução e fixação da responsabilidade do agente.

O autor adverte que “os pressupostos da conduta irregular do servidor público não estão descritos na tipicidade legal exclusivamente, mas existentes nos interesses administrativos morais, básicos, sem os quais não pode subsistir o serviço público em sua desejada perfeição”.⁹⁸

A garantia do servidor contra o arbítrio dar-se-ia pela perfeita caracterização da conduta no momento da imputação, uma vez que, segundo MAIA LUZ: “a conduta funcional é que estabelece o tipifica o ilícito punível”⁹⁹. Ou seja, a “tipificação” ocorreria a partir de uma imputação devidamente motivada, de modo a possibilitar ao servidor o exercício do direito de defesa.

No entanto, boa parcela da doutrina questiona esse entendimento de que existe uma ampla discricionariedade por parte do administrador em caracterizar e sancionar supostas infrações administrativas. A caracterização de condutas puníveis a partir de elementos excessivamente amplos como “moralidade administrativa” ou “manutenção da disciplina interna” confere um poder excessivo nas mãos do

⁹⁸ LUZ, Egberto Maia. **Obra Citada**. p. 161.

⁹⁹ Idem, *ibidem*.

administrador, contrário ao modelo de Administração Pública desenhado pela Constituição de 1988. Segundo ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO:

Em tema de competência disciplinar, os diversos Estatutos dos Servidores Públicos apresentam um rol de condutas tipificadas como ilícitas a partir de conceitos genéricos. Nesse sentido, cabe citar alguns dispositivos da Lei 8112/90: “insubordinação grave ao serviço” (art. 132, inc. VI), “incontinência pública e conduta escandalosa na repartição” (art. 132, inc. V), “corrupção” (art. 132, inc XI), dever de “exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo” (art. 116, inc. I). Como qualificar escândalo, zelo ou dedicação?

A abertura legislativa está presente não somente na definição da conduta ilícita, mas também na aplicação da sanção, como exemplifica o art. 128 – “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”; o § 2º, do art. 130 – “Quando houver conveniência para o serviço público, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço”. Como ponderar os elementos natureza/gravidade/dano/agravantes/atenuantes/antecedentes? Como identificar conveniência ou inconveniência.¹⁰⁰

Evidentemente conceitos como moralidade, disciplina, eficiência devem servir como ponto de partida para a caracterização do regime administrativo, mas, por se tratarem de conceitos abertos, fluídos, não podem, isoladamente, servir de base para uma punição ao servidor.

Os principais argumentos contrários à aplicação do princípio da tipicidade nas infrações administrativas fundamentam-se em, basicamente duas premissas: a tipicidade daria margem à impunidade de diversas condutas; e seria impossível, dada as inúmeras possibilidades do mundo real, prever as todas as condutas reputadas ilícitas e suas respectivas punições¹⁰¹.

MARÇAL JUSTEN FILHO, defensor da aplicação do princípio da tipicidade (ou especificação) às infrações administrativas, ao comentar as sanções aplicáveis ao descumprimento dos deveres do particular em licitações e contratos administrativos,

¹⁰⁰ **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 173.

¹⁰¹ Cf. ALVES, Leo da Silva. **A atipicidade das faltas disciplinares...** . Jus Navigandi n° 1140.

afasta os argumentos contrários à incidência do princípio em questão às sanções administrativas¹⁰². Tal raciocínio pode ser aplicado às sanções administrativas disciplinares.

Segundo o autor, não se pode dizer que a pura e simples incompatibilidade entre a conduta e o contrato (ou outro instrumento que imponha deveres de conduta, como o estatuto, por exemplo) preencha o requisito de proteção aos direitos individuais, uma vez que aquele que desrespeita as normas estaria ciente do risco de ser punido. Tal procedimento não elimina o estado de incerteza que envolve a relação vínculo/punição, justamente por não expressar qual dentre as várias categorias de sanções seria a aplicável àquela relação em especial. Dar-se-á desta forma margem ao tratamento diferenciado de situações que, em tese, mereceriam a mesma punição.

O argumento de que a tipicidade poderia dar margem à impunidade também é rechaçado por MARÇAL JUSTEN FILHO. Segundo ele, há que se atentar para a tensão que dá identidade a todas as normas punitivas: o conflito entre a garantia à liberdade, à propriedade e à segurança e o interesse estatal na repressão à impunidade e às condutas reprováveis. No Estado Democrático de Direito há uma clara opção pela tutela dos valores citados em primeiro lugar.

Por outro lado a tipificação dos ilícitos administrativos assegura uma repressão à impunidade, na medida em que fixa com clareza as condutas reputadas incompatíveis com a disciplina administrativa e a respectiva sanção. “Isso permitirá a identificação simples e imediata das condutas reprováveis e conduzirá à sua punição, independentemente da identidade do infrator”¹⁰³. As formulações vagas, gerais podem

¹⁰² **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** p. 572/573.

¹⁰³ *Idem*, p. 573.

dar margem aos favoritismos e apadrinhamentos, além de dificultar a tarefa do administrador, exigindo subjetivismos¹⁰⁴ excessivos.

Por fim ao argumento de que a “riqueza do mundo real” torna impossível a exata descrição dos ilícitos, MARÇAL JUSTEN FILHO contrapõe que se tal raciocínio procedesse estaria inviabilizado o direito penal, que trabalha com a tipificação de condutas muito mais graves¹⁰⁵ em um universo com uma amplitude muito maior.

O pensamento do autor em relação à aplicação da tipicidade às sanções administrativas pode ser resumido no seguinte comentário:

Ora, afigura-se inconstitucional e incompatível com a ordem jurídica brasileira argumentar que a autoridade administrativa disporia da faculdade discricionária de escolher, no caso concreto, a sanção cabível. Essa solução infringe o sistema constitucional. Seria possível apontar um longo elenco de disposições constitucionais infringidas. Porém, bastam os incs. XXXIX e XLVI do art. 5º da Constituição. Definir infração e regular a individualização da sanção significa determinar com certa precisão os pressupostos de cada sanção cominada em lei.¹⁰⁶

RAFAEL MUNHOZ DE MELLO¹⁰⁷, nesse sentido, aduz que a mera previsão dos ilícitos e sanções em lei não garante o cidadão contra o arbítrio administrativo, uma vez que lei poderia criar figuras excessivamente elásticas, que não permitissem a prévia e adequada compreensão daquilo que o legislador quis proibir. A partir daí surge a exigência da descrição pela lei da conduta proibida e da sanção correspondente (tipicidade).

¹⁰⁴ É sabido que em toda a decisão há uma carga de subjetivismo por parte do intérprete (as modernas teorias hermenêuticas reconhecem como inevitável tal subjetivismo), a tipicidade e a necessidade de motivação das decisões, procuram balizar esse subjetivismo de modo a evitar que as decisões veiculem interesses escusos.

¹⁰⁵ Na maioria dos casos, mesmo porque, em regra, os ilícitos administrativos mais graves são também considerados ilícitos penais. Ressaltando que não há diferença qualitativa entre ilícito administrativo e ilícito penal.

¹⁰⁶ **Comentários à Lei de licitações e Contratos Administrativos**, p. 569.

¹⁰⁷ **Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade**, p. 167 a 169.

Para cumprir a contento o requisito da tipicidade a norma deve conter uma suficiente “densidade normativa”, ou seja, deve prever todos os elementos essenciais à configuração da conduta reputada ilícita, bem como determinar a sanção correspondente. Evitando-se o uso de fórmulas excessivamente abertas ou imprecisas, como “incontinência pública e conduta escandalosa”, por exemplo.

ALEJANDRO NIETO, citado por RAFAEL MUNHOZ DE MELLO, atenta para esse duplo aspecto do princípio da tipicidade (a descrição da conduta e a previsão da sanção):

El mandato de tipificación se desarrolla en dos planos sucesivos: primero ha de declarar la ley cuáles son las conductas que se consideran infracción administrativa y luego ha de atribuir a cada una de tales la sanción que le corresponde. En realidad se trata, por tanto, de um doble mandato – de tipificación de infracciones y de tipificación de sanciones – aunque con frecuencia se reserva la expresión ‘tipificación’ (entendida en sentido estricto) para las infracciones, dado que en las sanciones la norma no tipifica propriamente sino que se limita a ‘atribuir’ una consecuencia determinada¹⁰⁸

Isso não significa uma exigência de previsão perfeita e minudente da conduta, uma vez que a precisão absoluta constitui um propósito irrealista. Admite-se uma certa abertura. “Mas nunca será lícito deixar espaço para que o próprio aplicador da norma crie figuras novas”.¹⁰⁹

No âmbito das chamadas “relações de especial sujeição”, como, por exemplo, é a do servidor em relação à Administração, RAFAEL MUNHOZ DE MELLO atenta para uma peculiaridade na formulação dos tipos de infrações:

Vale dizer, no campo das relações de especial sujeição admite-se que a lei crie ilícitos sem a precisão que se exige na seara das relações de sujeição geral, cabendo ao regulamento a definição detalhada da figura ilícita. Ou seja, a lei prevê a infração, de modo aberto e impreciso,

¹⁰⁸ NIETO, Alejandro. *Apud* MELLO, R. M.. **Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade**, p. 168.

¹⁰⁹ **Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade**, p. 169.

enquanto o regulamento cumpre o requisito da tipicidade, estabelecendo o tipo propriamente dito dentro dos limites da cláusula geral contida na lei formal.

A sanção, todavia, não pode sofrer o mesmo tratamento. Deve a lei formal prever as sanções, cabendo ao regulamento apenas estipular quais as infrações administrativas que serão apenadas com essa ou aquela sanção, se a lei já não o fez. É dizer, não é lícito que a lei atribua ao regulamento a tarefa de estipular a sanção.

(...)

Assim, se no âmbito das relações de sujeição geral exige-se que lei formal crie os ilícitos e as sanções administrativas, de modo preciso (tipicidade) e previamente à ocorrência da conduta (irretroatividade), no campo das relações de sujeição especial exige-se que a lei formal *ou o regulamento* descrevam a conduta ilícita (tipicidade) igualmente antes da ocorrência do fato (irretroatividade).¹¹⁰

Nesses casos (as infrações disciplinares, por exemplo) afasta-se a necessidade de previsão em lei formal das infrações administrativas, mas mantém-se a exigência da tipicidade, ainda que a previsão dos tipos se dê através de regulamentos internos da Administração. A legalidade estrita – previsão em lei – é mitigada, permitindo-se que a norma legal estabeleça os contornos genéricos das infrações, desde que o regulamento especifique as condutas puníveis. O que não se permite é que o regulamento inove, indo além das balizas estabelecidas em lei.

No mesmo sentido, DANIEL FERREIRA¹¹¹ sustenta que existindo um especial liame voluntário (ou não-juridicamente obrigatório) entre a Administração Pública e o particular pode-se admitir que a lei tão-somente autorize a estipulação genérica de infrações e das respectivas sanções, e não necessariamente proceda a uma tipificação legal. A alusão à voluntariedade do vínculo é necessária pois nos casos em que a sujeição especial decorrer de imposição legal – pense-se no regime carcerário ou na prestação do serviço militar obrigatório, por exemplo – faz-se necessário que a lei em sentido formal tipifique as infrações. O pensamento do autor pode ser assim resumido:

¹¹⁰ **Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade**, p. 178.

¹¹¹ **Sanções Administrativas**, p. 94 e ss.

Concluindo, onde houver cogente “submissão” do particular à Administração Pública somente poderá lei formal prever as infrações e cominar as respectivas sanções. De modo diverso, nas situações de assunção voluntária (ou não-juridicamente obrigatória) de deveres a lei deverá, ainda que genericamente, estipular os ilícitos, bem como indicar as sanções impositivas. Nessas duas hipóteses competirá à Administração Pública, ou quem lhe faça as vezes, quando necessário – para fins de minimizar a discricionariedade (da lei decorrente) e garantir o tratamento isonômico a todos –, editar regulamentos e demais atos normativos infralegais para fins de sua regular aplicação. Se tal não acontecer não haverá que se falar em sanção, quer pela ilegalidade formal manifesta, quer porque seja impossível ao cidadão, ou aquele vinculado ao Estado no regime de sujeição especial, previamente reconhecer as condutas legalmente proibidas e eleger, ao mesmo tempo, o comportamento a adotar, tendo em vista a ausência de uma infração-sanção previamente estipulada que lhe cause justo temor e coordene a atuação.¹¹²

Ou seja, como corolário do princípio da segurança jurídica exige-se que aquele que se encontra sujeito ao poder disciplinar conheça previamente quais são os comportamentos proibidos sob a ameaça de sanção, seja através da lei formal seja por meio de regulamento que especifique a proibição genérica prevista em lei.

3.5. O princípio da tipicidade na jurisprudência

Nada obstante a matéria relativa à aplicação do princípio da tipicidade às sanções disciplinares não esteja pacificada, alguns julgados dos tribunais pátrios vêm ressaltando a necessidade da descrição típica dos ilícitos administrativos.

O objetivo deste tópico não é trazer uma pesquisa aprofundada da jurisprudência sobre o assunto em questão, nem demonstrar a orientação dominante de nossos tribunais, mas sim, simplesmente, trazer à baila possibilidades de aplicação prática de alguns pontos levantados no presente estudo.

¹¹² **Sanções Administrativas**, p. 100/101.

3.5.1. A Apelação Cível nº 97.03.022032-0 (TRF da 3ª Região)

Em 1998, o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, no julgamento da Apelação Cível nº 97.03.022032-0, em acórdão relatado pelo Desembargador Federal CASEM MAZLOUM, assim posicionou-se acerca do tema:

ADMINISTRATIVO. IMPOSIÇÃO DA PENA DISCIPLINAR DE SUSPENSÃO. INEXISTÊNCIA DE CULPA OBJETIVA DO SERVIDOR QUANTO À OCORRÊNCIA DO FATO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. ATO EIVADO DE NULIDADE. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. Não restando provada a tipicidade para a imposição de pena na esfera administrativa, forçoso concluir que a prática de referido ato reveste-se de ilegalidade, em razão de defeito substancial na sua produção, qual seja, a motivação.
2. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

Tratava-se de ação interposta contra a aplicação de pena disciplinar de um dia de suspensão a um Agente da Polícia Federal. O Agente em questão estava almoçando, fora da repartição, quando teve sua carteira com a identificação funcional furtada. O superior hierárquico julgou (contrariamente ao apurado em sindicância) que tal conduta revelara negligência do servidor.

O juiz de primeiro grau, em sentença depois confirmada pelo acórdão acima transcrito julgou que o fato ensejador da punição era atípico, não encontrando correspondência em nenhum tipo de infração previsto em lei ou regulamento.

Interessante notar que a decisão vinculou a atipicidade do fato à falta de motivação, pois, sem previsão normativa que determine os contornos da suposta infração não se pode aludir a uma punição motivada.

3.5.2. A Apelação Cível nº 96.04.64779-2 (TRF da 4ª Região)

Oportuna menção também à decisão exarada pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO na apelação cível nº 96.04.64779-2, publicada em 03/05/2000 e assim ementada:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO. PROCESSO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA (ART. 43 da LOMAN) PELA PRÁTICA DO EXCESSO DE LINGUAGEM (ART. 41). IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

- Não há respaldo legal para a aplicação da pena de advertência, prevista no art. 43 da LOMAN, pela prática de excesso de linguagem (art. 41), razão pela qual, conclui-se pela nulidade da sanção imposta ao apelante, uma vez que a LOMAN não estabeleceu pena para o excesso de linguagem, sendo vedada a aplicação de penalidade prevista para outros atos, pois tal prática importaria em flagrante violação ao princípio constitucional da legalidade.

Em que pese a utilização de tipicidade como sinônimo de legalidade (*latu sensu*), o que, conforme acima exposto (item 3.3) não é tecnicamente adequado, o Tribunal, atento ao duplo aspecto da tipicidade (previsão de ilícitos e respectivas sanções), considerou nula a punição de advertência aplicada a um magistrado que teria cometido “excesso de linguagem” (art. 41 da Lei Complementar nº 35 de 1979 – LOMAN), uma vez que, para tal infração não estava prevista a pena de advertência. A pena de advertência, prevista no art. 43 da mesma lei, reserva-se para negligência no cumprimento dos deveres inerentes ao cargo.

Se esse julgado adotasse uma posição que defende a atipicidade das faltas disciplinares, poderia, perfeitamente, julgar cabível a pena de advertência diante do enquadramento da punição ao plano geral traçado pela norma, uma vez que não há previsão de sanção para a conduta descrita.

3.5.3. O Recurso em Mandado de Segurança nº 16.264 – GO (STJ)

Note-se também o recente julgado, de 21 de março de 2006, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que considerou atípica a conduta de servidor público do Estado de Goiás que havia praticado ofensas físicas (desferimento de três disparos de arma de fogo) contra outro servidor, seu colega, fora da repartição, uma vez que a Lei Estadual nº 10.460/88 no seu art. 303, inc. LVI considera infração “praticar ofensas físicas, **em serviço**, contra funcionário ou qualquer pessoa, salvo se em legítima defesa devidamente comprovada”.

Como a agressão havia sido praticada quando os envolvidos não estavam em serviço, o fato foi considerado administrativamente atípico. Referido acórdão, da lavra da Ministra LAURITA VAZ, foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TIPIFICADA NO ART. 303, INCISO LVI DA LEI N.º 10.460/88. AUSÊNCIA DA ELEMENTAR DO TIPO "EM SERVIÇO". NULIDADE DO DECRETO DEMISSÓRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. *In casu*, em nenhum momento restou efetivamente evidenciado que o Recorrente estivesse no exercício de seu mister ("em serviço"). Isso porque, uma vez que os fatos se deram em local diverso do ambiente do trabalho, ainda que próximo, como consta do Relatório Final, somente seria cabível a imputação acaso ficasse demonstrado que o Recorrente estava, ao menos, no cumprimento das atribuições do cargo no momento do ocorrido, o que não ocorrera na espécie.
2. O fato de cuidar-se a vítima de funcionário público, colega de serviço do Recorrente, e de existir uma animosidade entre eles em razão do serviço, segundo consta dos autos, não se mostra suficiente para tipificar o ilícito administrativo.
3. No campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma, admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direta ao princípio da reserva legal¹¹³.
4. Ressalte-se que a utilização de analogias ou de interpretações ampliativas, em matéria de punição disciplinar, longe de conferir ao administrado uma acusação transparente, pública, e legalmente justa, afronta o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade, segundo

¹¹³ Acórdão utilizou tipicidade como sinônimo de reserva legal. No entanto, de acordo com o posicionamento de LUIZ ALBERTO MACHADO (item 3.3, acima), os conceitos são diversos, possuindo diferentes finalidades e conseqüências.

as máximas: *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* e *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, postura incompatível com o Estado Democrático de Direito.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido para anular a pena demissória aplicada ao Recorrente.

O peculiar deste julgado é que o servidor agressor havia sido condenado na esfera criminal a cinco anos e dez meses de reclusão por tentativa de homicídio, no entanto, em paradigmática decisão, o STJ considerou que a tipicidade na esfera administrativa não restou configurada. De acordo com a decisão, a sentença criminal condenatória deixou de declarar a perda do cargo “considerando que não restaram demonstradas nos autos as irregularidades funcionais, muito embora a pena aplicada autorize o perdimento do cargo público exercido”.

Também nesse caso, se o órgão julgador considerasse atípicas as faltas disciplinares caberia a aplicação da pena de demissão, pois, tentar matar um colega de serviço constitui, evidentemente, uma grave violação da disciplina e harmonia do aparato administrativo. No entanto, fez-se opção pela segurança jurídica, limitando-se o poder disciplinar da Administração.

CONCLUSÕES

1. A sanção administrativa disciplinar é espécie do gênero sanção jurídica e pode ser compreendida como a consequência pela prática de uma infração funcional imposta pelo ordenamento jurídico, no exercício de função administrativa. Não há diferença ontológica entre as diversas espécies de sanções (administrativas, civis, penais, etc), o que permitirá distinguir uma categoria de sanção de outra é o regime jurídico imposto a cada uma delas.

2. O regime jurídico administrativo compõe-se de uma série de princípios, fundamentados na Constituição da República que orientam toda a atividade administrativa. O regime jurídico do direito administrativo disciplinar deve seguir os delineamentos impostos pelo regime administrativo “geral”, uma vez que constitui uma emanção deste. Entretanto, o direito administrativo disciplinar, por implicar em manifestação do *ius puniendi* estatal, seguirá uma série de princípios comumente aplicados na seara do direito penal.

Tais princípios não podem, no entanto, ser simplesmente transportados da esfera penal para a esfera administrativa, devem, primeiramente, sofrer a necessária incidência do regime jurídico administrativo, para poderem se adaptar às especificidades do direito administrativo.

A rigor, o mais correto não seria aludir a princípios de direito penal aplicáveis ao direito administrativo disciplinar, mas sim em princípios inerentes ao *ius puniendi* em um Estado Democrático de Direito. O uso do direito penal como paradigma se justifica na medida em que foi neste ramo que tais princípios lograram alcançar maior elaboração científica.

3. O vocábulo “tipo” tinha em sua origem grega o significado de molde forma, um modelo a partir do qual era produzida uma série de objetos. Daí deriva seu uso nas ciências como uma ordenação de dados concretos a partir de critérios de semelhança.

Originalmente, a expressão dava a idéia de um conceito aberto fluído. No direito penal, no entanto, devido à utilização do vocábulo como tradução livre da expressão alemã “*tatbestand*”, o tipo passou a ser compreendido como um conceito fechado, destinado a reforçar a segurança jurídica.

O tipo penal pode ser definido como uma descrição esquemática da conduta proibida, contendo todos os elementos necessários para caracterizá-la. Não se pode confundir tipo com reserva legal, uma descrição genérica da ilicitude (por exemplo: são proibidas todas as ações contrárias ao Estado de Direito) atenderia o princípio da reserva legal, mas não configuraria um tipo.

Tipicidade é a subsunção da conduta do agente ao esquema abstrato previsto no tipo, em todos os seus aspectos.

No direito administrativo disciplinar, há autores que sustentam a não-aplicação do princípio da tipicidade alegando haver poder discricionário para o administrador – sempre motivadamente – punir as condutas que considerar contrárias ao “bom funcionamento do aparato administrativo”.

Entretanto, boa parcela da doutrina, ancorada no modelo de Administração Pública desenhado pela Constituição de 1988, entende que, em um Estado Democrático de Direito, não se pode punir ninguém sem que seja dado conhecimento prévio da conduta proibida e da sanção correspondente.

A eventual tensão entre o interesse estatal em manter a disciplina administrativa e o direito do cidadão ao prévio conhecimento das infrações e sanções deve ser resolvido, em um Estado Democrático de direito, a favor do interesse citado em segundo lugar.

A tipificação das infrações constitui, ao lado da motivação das decisões, um importante instrumento contra o arbítrio, pois, uma vez caracterizada a infração, não resta ao administrador outra conduta que não buscar a punição do acusado. Deste modo, restringem-se a possibilidade da aplicação de punições por interesses estranhos à relação administrativa, bem como de apadrinhamentos ou favoritismos.

Nas denominadas relações de especial sujeição, dentro das quais se encaixa a situação do servidor público, admite-se que a lei estipule genericamente a previsão de infrações e as sanções respectivas. Entretanto, o requisito da tipicidade deve ser preenchido por regulamentos internos – seguindo as balizas mínimas fixadas em lei – anteriores ao fato, de modo que se permita ao administrado saber de antemão quais os comportamentos proibidos e a consequência do descumprimento das regras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Léo da Silva. **A atipicidade das faltas disciplinares. Como responsabilizar servidores cujas condutas não estão claramente previstas como faltas disciplinares.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n° 1140, 15 ago. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8789>>. Acesso em: 15 ago. 2006.
- ALVES, Léo da Silva. **Questões Relevantes da Sindicância e do Processo Disciplinar.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar.** São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo.** 16ª ed. São Paulo: Malheiros, s/d.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 6ª ed. Brasília: UNB, 1995.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo.** Almedina: Coimbra, 1996.
- CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal.** Com a colaboração de Figueiredo Dias. Almedina: Coimbra, 1997.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo.** São Paulo: RT, 1988.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas.** São Paulo: Malheiros, 2001.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal Parte Geral – Tomo I**. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KOERNER JUNIOR, Rolf. **A responsabilidade administrativa do Médico: legalidade e tipicidade**. no prelo.
- LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe **Manuale di Diritto Amministrativo**. 10ª ed. Milano: Giufrè, 1997.
- LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1994.
- MACHADO, Luiz Alberto. **Uma Visão Material do Tipo** (monografia). Curitiba, 1975.
- MELLO, Rafael Munhoz de. **Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade**. in Lúcia Valle Figueiredo (Coord.) Devido Processo Legal na Administração Pública. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MOREIRA, Gerfran Carneiro. **Os Princípios Constitucionais da Administração e sua Interpretação: reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito**. in Lúcia Valle Figueiredo (Coord.) Devido Processo Legal na Administração Pública. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2003.
- NOGUEIRA NETO, João Baptista. **A Sanção Administrativa aplicada pela agências reguladoras: instrumento de prevenção da criminalidade econômica**. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005.
- PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **O Princípio da Proporcionalidade e as Sanções Penais nos Contratos Administrativos**. in RDA 227/2001.
- PORTA, Marcos de Lima. **O Direito Administrativo Disciplinar na Polícia Civil do Estado de São Paulo**, in RDA nº 227/2002.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo; RT, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra, Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Princípio da tipicidade no Direito Tributário**, in RDA nº 235/2004. pp 193 a 232.

VIRGA, Pietro. **Diritto Amministrativo** v.l. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1989.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001.